Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIV.

Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung.*)

Von Herrn Dr. Fr. Eisele,
Gerichtsassessor in Hechingen

Die Lehre von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung, durch W. Sell's Monographie [1]) anscheinend sicher gestellt, durch Windscheid's Programm [2]) erschüttert und in der Folge wiederholt [3]) erörtert, kann noch keineswegs als eine endgültig erledigte Frage angesehen werden; eine Behauptung, die durch die im Folgenden eingestreute Darstellung der bisherigen Leistungen wohl erhärtet werden wird. Daß diese Abhandlung einen Abschluß herstellen werde, bildet sich der Verfasser derselben nicht ein; derselbe ist zufrieden, wenn

*) Die folgende Abhandlung ist eine — allerdings ziemlich durchgreifende — Umarbeitung von des Verf. Inauguraldissertation: De conditione quae suspendit negotium impleta non retrahenda. Berl. 1866.

1) Ueber bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen. Zürich 1839.

2) Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851. 4.

3) Von Fitting in dem Buch: Ueber den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856, (recensirt von Windscheid. Heidelberg. krit. Zeitschr. IV. S. 35 ff. und von v. Scheurl, Krit. Ueberschau V. S. 24 ff.), sowie in der Abhandlung: Ueber den Begriff der Bedingung, in diesem Archiv, Bd. 39, S. 305 ff.); ferner von Götting, Ueber das Wesen der Suspensivbedingung, Gießener Zeitschr. Neue Folge I., S. 239 ff. und von Schönemann, Ueber das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte, Gieß. Zeitschr. Bd. 19, Nr. 1. Gründlicher, als es in systematischen Werken meist geschieht, erörtert die Frage auch Unger, System des österreich. Privatrechts, Bd. II. S. 56 ff. 70 ff. Einen weitern Beitrag hat ferner geliefert Brackenhöft, der Zustand der bedingten Obligation, (Gießener) Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. IX. S. 108—186. Beiläufig handelt auch Römer, die bedingte Novation (Tübingen 1863) S. 73 ff. von der Rückziehung der Bedingung. Das von Fitting in der erwähnten Abhandlung in Aussicht gestellte umfassendere Werk über Bedingungen ist bis jetzt nicht erschienen.

ihm zugestanden wird, daß er die Sache, wäre es auch nur durch Ausscheidung bisher zur Ungebür hereingezogener Fragen, gefördert habe.

Das Interesse unseres Themas ist ein zweifaches: ein rechtsphilosophisches und ein exegetisch-dogmatisches; von historischer Seite ist demselben — und dies hat seinen Grund sicher nicht blos in der Dürftigkeit der Quellen — nichts abzugewinnen, vielleicht ein Grund mit zur Erklärung der auffallenden Erscheinung, daß gerade dieser Theil der Lehre von den Bedingungen von Savigny im dritten Bande seines Systems (III. S. 151 ff.) am wenigsten Förderung erfahren hat. Die Lösung der Aufgabe hat sich demnach mit der Beantwortung folgender zwei Fragen zu befassen: Was ist in Bezug auf unsere Controverse

1) der Natur der Sache (d. i. des Willens) gemäß?

2) dem Inhalt der Quellen entsprechend?[4])

Ein dritter Gesichtspunkt, die vermuthliche Absicht der Parteien, läßt sich füglich mit der ersteren Frage zugleich erörtern.

Erster Abschnitt.

v. Vangerow hat noch neuerdings (Pandekten, 7. Aufl. 1863, Bd. I. p. 143) sich für die Theorie der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung um deßwillen ausgesprochen, „da auch gute innere Gründe und namentlich der vermuthliche Willen der Parteien sich für diesen Grundsatz geltend machen lassen;" er hat sich hierfür vor Allem auf die erwähnte Monographie Sell's berufen.

Unterziehen wir also einmal „die guten innern Gründe" Sell's einer kurzen Prüfung.

Sell geht (S. 5 a. a. O.) von dem schwebenden Zustand pendente conditione aus; einen solchen könne die positive Gesetzgebung unmöglich begünstigen. Sie müsse ihn entweder

4) Es versteht sich, daß die Untersuchung, deren Resultate die gegenwärtige Abhandlung enthält, in umgekehrter Reihenfolge angestellt werden mußte und auch wurde.

von vorn herein durch die Bestimmung beschränken, daß das Recht conditione pendente mit allen Accessionen bei dem bedingt Verpflichteten bleibe, und erst mit dem Eintritt der Bedingung, ohne alle Rückwirkung, auf den bedingt Berechtigten übergehe; oder sie müsse „später, nach erfolgter Entscheidung über Sein oder Nichtsein der Bedingung, den zur rechtlichen Unsicherheit führenden Folgen und Wirkungen, sobald und soweit es geschehen kann, einen definitiven Charakter zu verleihen suchen, nämlich durch die Bestimmung, wornach der im Falle des Eintritts der Bedingung entstehende definitive Zustand den frühern schwebenden Zustand zu Gunsten des Erwerbers bestimmt, und zwar rückwirkend bis zur anfänglichen Entstehung des Rechtsverhältnisses."

Dies Räsonnement stützt sich vor Allem nicht auf innere, d. h. dem Wesen der Sache selbst entnommene Gründe, sondern auf Zweckmäßigkeitsrücksichten. Allein auch wenn wir dem genannten Schriftsteller auf diesen Boden folgen, ist es nicht sehr schwer zu entdecken, daß, von dem Gesichtspunkt möglichster Rechtssicherheit aus betrachtet, die beiden dem Gesetzgeber zur Auswahl hingestellten Verfahrungsarten keineswegs gleichen Werth haben. Denn bei der ersteren derselben ist es zwar während der Pendenz der Bedingung ungewiß, *ob* der bedingt Berechtigte das Recht erhalten, der bedingt Verpflichtete es verlieren werde; bei der zweiten Verfahrungsart kommt aber zu dieser Ungewißheit noch die andere hinzu, *wem während* der Pendenz das Recht zustehe. Die Sache steht also in Wahrheit so: diejenige Rechtsunsicherheit, welche eine nothwendige Folge der Pendenz der Bedingung ist, wenn sie überhaupt so genannt werden kann, ist bei beiden Verfahrungsarten nicht zu vermeiden; sie wird aber bei der zweiten Verfahrungsart noch um eine neue vermehrt. Und wenn Sell (S. 101 ff.) die zweite Verfahrungsart deßhalb ganz natürlich findet, weil das Schwebende und Ungewisse dem Festen und Dauernden weichen, das Erstere durch das Letztere absorbirt werden muß", so wird man es mindestens ebenso natürlich finden müssen, daß der Zustand *vor* der Setzung der Bedingung den Zustand während der Pendenz be-

stimmt, so lange, bis der neue definitive Zustand, dessen Eintreten ja überhaupt ungewiß ist, zur Existenz gekommen ist.

So viel über die allgemeinen Erwägungen Sell's. Was das römische Recht speciell angeht, so scheint diesem Schriftsteller „theils das Bestreben nach scharfer Distinction verschiedener Rechtsinstitute in Verbindung mit der Consequenz, theils die Rücksicht auf den vermuthlichen Willen der Parteien, die gedachte Vorschrift (von der rückwirkenden Kraft) veranlaßt zu haben." (S. 102).

Nämlich so: „Der Gegensatz zwischen dem dies, welcher ein Rechtsverhältniß nach Anfang und Ende fest und bestimmt begränzt, und der conditio, die von Anfang an dem ganzen Rechtsverhältniß den Charakter der Ungewißheit verleiht, konnte sich leicht bilden, und mußte, so bald er einmal entstanden war, sich erkenntlich machen. Wollte man nun diese beiden Institute gehörig von einander unterscheiden, so bestand das Eigenthümliche des dies darin, daß der Anfangs- oder Endtermin des Rechtsgeschäfts keinerlei Rückwirkung äußert; bei der conditio war dagegen ihrer Natur nach mit Nothwendigkeit das Princip gegeben, daß die anfängliche Ungewißheit in einen gewissen und dauernden Zustand übergehe. Sollte nun dieses Princip im Gegensatz vom dies streng festgehalten und durchgeführt werden, so zeigte sich wohl zunächst bei dem Deficiren der Bedingung, daß, wenn die Voraussetzung, auf welche das ganze Rechtsverhältniß von Anfang an gebaut war, wegfiel, damit auch das Rechtsverhältniß selbst von Anfang an zusammenfallen mußte, und so kam man dann zu der Bestimmung, daß das Ganze rückwärts als nicht geschehen betrachtet wurde. War aber einmal dies sanctionirt, so forderte auch die Consequenz, daß bei der Existenz der Suspensivbedingung, weil hier gleichmäßig die vorläufige Ungewißheit in einen gewissen und dauernden Zustand übergeht, ebenfalls der letztere die erstere, und zwar von Anfang an, in allen rechtlichen Wirkungen bestimmen müsse."

In dieser Argumentation begegnen wir zunächst einer petitio principii. Es soll dargethan werden, daß die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft äußert; zu diesem Zweck wird

davon ausgegangen, daß das Eigenthümliche des dies, zum Unterschied von der conditio, darin bestehe, daß derselbe keinerlei Rückwirkung äußert. Dies ist aber offenbar nur dann wahr, wenn — was aber eben erst bewiesen werden soll — die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft hat. Wäre nun Sell sofort auf die erfüllte Bedingung übergegangen, so wäre der Zirkelschluß wohl sogleich zu Tage gekommen; allein er wendet sich zunächst zu der deficirenden Bedingung. Hier findet nun allerdings etwas wie Rückwirkung statt — eine wahre Rückwirkung ist dies aber nicht; es tritt nichts ein, was wirken könnte, sondern es wird gewiß, daß das, wovon eine Aenderung des bisherigen Zustandes abhängig gemacht worden war, nicht eintreten werde. Kann man nun sagen, daß bei der deficirenden und bei der erfüllten Bedingung die vorläufige Ungewißheit „gleichmäßig" (d. h. doch wohl auf gleiche Art und Weise) in einen gewissen und dauernden Zustand übergehe? Im Gegentheil; der „dauernde und gewisse Zustand" wird auf vollständig ungleichmäßige, d. h. entgegengesetzte Art herbeigeführt; bei der deficirenden Bedingung durch definitive Perpetuirung, bei der erfüllten Bedingung durch definitive Beseitigung des früheren Zustandes. Wie kann man da im Namen der Consequenz eine gleiche Behandlung beider Fälle verlangen?

Keinenfalls stichhaltiger, als die bisher beleuchtete Argumentation, ist die aus der vermuthlichen Absicht der Parteien hergenommene, welche noch kurz zu besprechen ist. Sell läßt sich darüber so aus (S. 103 fg.):

„Außerdem mochte noch . . . . die Rücksicht auf den vermuthlichen Willen der Parteien mitwirken, um der conditio den Charakter der rückwirkenden Kraft beizulegen. Denn es war wohl nicht unnatürlich, den Willen der Parteien, welche ja selbst aus freien Stücken von Anfang an Alles auf den ungewissen Thatumstand gestellt hatten, dahin auszulegen, daß das Rechtsverhältniß auch von Anfang an nach dem künftigen Erfolg jener Thatsache sich richten müsse; und auf jeden Fall mußte, nachdem einmal der Unterschied zwischen dies und con-

ditio durch die Gesetzgebung [5]) aufgestellt und fixirt war, und die Kenntniß der Grundsätze beider Institute bei den Bürgern vorausgesetzt wurde, die Beifügung einer Bedingung im Allgemeinen in der vorhin bezeichneten Art verstanden werden; weil die Parteien, wenn sie keine Rückwirkung beabsichtigen wollten, entweder einen dies als Nebenbestimmung beifügen, oder die regelmäßig eintretende rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung durch bestimmte abweichende Verabredung ausnahmsweise ändern konnten."

In dem ersten Theil dieser Beweisführung kann ich trotz aller Anstrengung nicht einsehen, daß der Schluß concludent sei. Der Angelpunkt der Argumentation scheint das zweimalige „von Anfang an" zu sein; schließt man aber einmal ein bedingtes Geschäft ab, wie soll man das denn anders machen, als daß man die Bedingung „von Anfang an" setzt? Hieraus irgend etwas abzuleiten, scheint doch schlechterdings unmöglich. Sell scheint denn auch selbst auf diesen Theil seines Raisonnements kein großes Vertrauen gesetzt zu haben, denn er leitet den zweiten Theil desselben mit den zuversichtlicheren Worten „und auf jeden Fall" ein. Allein wie sieht es mit diesem Theil aus? Es soll, als der Gesetzgeber deliberirte, ob der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft beizulegen sei, oder nicht, die Rücksicht auf den vermuthlichen Willen der Parteien mitgewirkt haben. Also ist das thema probandum: Der Gesetzgeber legte der erfüllten Bedingung rückwirkende Kraft bei, weil dies der vermuthlichen Absicht der Parteien entsprach. Und Sell's probatio? Niemand wird bestreiten können, daß dieselbe darauf hinausläuft: die vermuthliche Absicht der Parteien ist für Rückwirkung, weil der Gesetzgeber für die erfüllte Bedingung Rückwirkung vorgeschrieben hat.

Es ist merkwürdig genug, daß man sich mit dieser Begründung zwölf Jahre lang begnügte, bis Windscheid in

---

5) Meines Wissens ist dieser Unterschied von Niemand, am allerwenigsten durch ein römisches Gesetz, aufgestellt, sondern er ist von den Juristen erkannt und ausgesprochen worden.

dem erwähnten Programm die herrschende Lehre [6]) in einschneidender Weise angriff, zunächst durch Beleuchtung der bisher für (und gegen) dieselbe angeführten Quellenstellen, ohne specielle Würdigung der für dieselbe geltend gemachten innern Gründe. Wir werden die Ansichten dieses Schriftstellers, denen wir im Ganzen zustimmen, noch später anzuführen Gelegenheit finden, besonders da, wo wir eine abweichende Meinung zu vertheidigen, oder eine bessere Begründung der von demselben aufgestellten Behauptungen zu versuchen haben werden, und nehmen deßhalb von einer zusammenhängenden Darlegung des Inhalts jener kleinen, aber bedeutenden Schrift Abstand.

Fitting unternahm es sodann, die Schlichtung des in Folge der Windscheid'schen Schrift aufs Neue entbrennenden Streites durch Herstellung einer soliden Grundlage für die weitern Verhandlungen vorzubereiten, indem er die Quellenzeugnisse für die Rückziehung zusammenstellte. Neben dem Begriff der Rückziehung stellte er den der Vorwirkung auf, welch letzterer indeß, da er ein neues positives Moment nicht enthält, sich vielmehr lediglich durch das Fehlen der Rückziehung [7]) charakterisirt, als überflüssig erscheint. Aus dem von Fitting gesammelten Material war zu ersehen, daß in den Quellenstellen, die eine Rückziehung statuiren, wahre Bedingungen nicht in Frage stehen, wogegen die für die Vorwirkung angeführten Stellen großentheils (besonders die die Legate betreffenden) als Beweisstellen für die Nichtrückwirkung benutzt werden konnten. Es muß daher auffallen, daß Fitting in der gedachten Schrift die Rückziehung zunächst nur für bedingte Legate leugnet, und erst später [8]) sie auch für die suspensiv-bedingte Eigenthums-

---

6) Die Rückwirkung wird meistens als selbstverständlich angenommen, und eine innere Begründung gar nicht versucht. Bei Puchta (§. 61) z. B. ist sie ohne Weiteres „der Natur der Bedingungen gemäß."

7) Ueber den Begriff der Rückziehung S. 48: „Bei der Rückziehung offenbart ein späterer Umstand die wahre Natur eines vorhergegangenen ungewissen Zustands; bei der Vorwirkung gibt der spätere Umstand nur der Zukunft, nicht auch der Vergangenheit, ihre rechtliche Gestaltung."

8) Zeitschrift für Handelsrecht, II. S. 255, Note 79.

Uebertragung in Abrede stellt, und bezüglich der Forderungsrechte wenigstens bezweifelt.

In der oben (Anm. 3) angeführten Abhandlung aber hat Fitting einen Weg eingeschlagen, der unseres Dafürhaltens die auf jener quellenmäßigen Basis gewonnenen und etwa noch zu gewinnenden Resultate in Frage stellt [9]). Da indeß der Schwerpunkt dieser Abhandlung sowohl, als derjenigen von Schönemann und Götting in der Begriffsbestimmung der (Suspensiv-) Bedingung liegt, und auch wir der Meinung sind, daß die erste der Eingangs gestellten Fragen nur durch richtige Fassung und consequente Entwickelung des Begriffs der Bedingung befriedigend gelöst werden kann [10]), so wenden wir uns nunmehr dieser unsrer Aufgabe zu; eine Darlegung des wesentlichen Inhalts der gedachten Abhandlungen soll im Verlauf der folgenden Entwickelung gegeben werden.

Um den, der ferneren Untersuchung zu Grunde zu legenden Begriff der Bedingung zu gewinnen, gehen wir aus von der Bedeutung des (subjectiven) Willens fürs Recht. Hier leuchtet nun ein, daß, während auf denjenigen Lebensgebieten, auf welchen der Mensch zunächst als Einzelwesen in Betracht kömmt, das negative Moment des Willens, d. i. die Freiheit, von principaler Wichtigkeit ist, auf dem Rechtsgebiet, dem der Mensch als Gemeinwesen angehört, die positive Seite des Willens wonach er sich als Macht, als Herrschaft bethätigt, die vorwiegende und das bestimmende Princip ist. Dieses Moment des Willens soll im Rechtsgebiet verwirklicht werden; das negative Moment bildet nur die Voraussetzung, nicht das zu realisirende Princip.

Diese Herrschaft des Willens kann nun so wenig eine absolute sein, als es der menschliche Wille selbst ist; beide sind

---

9) Damit soll nicht in Abrede gezogen sein, daß diese Abhandlung eine Reihe scharfer und treffender Bemerkungen enthält. Unger a. a. O. bes. S. 56, Note 3, eignet sich dieselben zum großen Theil an.

10) Noch besser freilich, weil im Zusammenhang des Ganzen, durch eine vollständige Theorie des Willens, welche die Lehre von der conditio, dies, modus, causa u. dgl. aus dem Willensbegriffe zu entwickeln hätte.

a parte ante, in der Richtung auf die Vergangenheit, an und für sich und ihrer Natur nach bedingt[11]): sie erscheinen hier als Wirkungen von Ursachen, mögen diese letzteren eine noch so lange und complicirte Kette bilden. Die im Rechtsgebiet zu realisirende Macht des Willens erstreckt sich also auf die Zukunft, nicht auf die Vergangenheit[12]). Daher ist es auch keine Beschränkung des Willens, sondern nur eine Folge seiner uranfänglichen Beschränktheit, wenn er durch die Vergangenheit beeinflußt und bestimmt wird (causa). Dasselbe ist zu sagen, wenn das bestimmende Factum zwar in der Zukunft liegt, aber gewiß und nothwendig eintritt. Ein solches Factum unterscheidet sich von einem in der Vergangenheit liegenden nur durch das Zeitmoment (des Späterseins), hat aber mit ihm das Gewisse, Unabänderliche (Causalmoment) gemein, und dies ist eben hier das Entscheidende. Und noch einen Schritt weiter müssen wir gehen: Ist selbst das zukünftige Factum (objectiv) ungewiß, wird aber (subjectiv) als gewiß angenommen, so wird es damit (subjectiv) als ein Vergangenes gesetzt, und kann so den Willen, seiner ursprünglichen Macht unbeschadet, bestimmen[13]).

Ganz anders, wenn das zukünftige, objectiv ungewisse Factum auch subjectiv als ungewiß und doch zugleich als den Willen bestimmend gesetzt wird[14]). Ein solches Bestimmtwerden

---

11) „Bedingt" natürlich nicht im juristisch-technischen Sinn, sondern im Gegensatz zu „absolut."

12) Analoges bei dem allgemeinen (objectiven) Willen: **leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari l. 7. Cod. de legib. (I. 14).**

13) Dies ist der, wie ich glaube, richtig bestimmte Begriff der **causa futura.** Daß das futurum als ein objectiv Ungewisses zu denken ist, erhellt daraus, daß der Begriff gerade dann zu praktischer Verwendung gelangt, wenn sich zeigt, daß die causa fut. **nicht** eintritt. Dann aber enthält causa futura in sich einen Widerspruch, sofern nicht wenigstens **subjectiv** das futurum als ein praeteritum, d. h. als ein Gewisses gesetzt wird.

14) Wenn **Ihering** (Geist III. 1. S. 157) von der Bedingung sagt: sie ermögliche es, „die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen" so muß ich dem letzten Theil der Antithese entschieden wider-

des Willens ist nicht mehr eine Folge seiner natürlichen endlichen Beschaffenheit, sondern der Tendenz des positiven Willensmoments: dasjenige, was in abstracto noch bestimmbar, weil noch nicht unabänderlich gewiß ist, zu bestimmen und zu beherrschen, geradezu entgegen. Gleichwohl liegt darin keine Aufhebung des Willens, denn jenes zukünftige Ereigniß wird, als ihn so bestimmend, durch den Willen selbst gesetzt [15]); der Wille setzt sich also in Beziehung auf sein Dasein, vermindert aber die Intensität seiner Macht. Hiernach würde die Bedingung zu definiren sein als Schwächung der Intensität des Willens, von diesem selbst dadurch gesetzt, daß er ein zukünftiges, auch subjectiv ungewisses Ereigniß als ein ihn bestimmendes in sich aufnimmt.

Die Abgrenzung dieses Begriffs gegen die Begriffe von dies und modus ist nicht schwer und doch nach unsrer Ueberzeugung bis jetzt nicht richtig vollzogen. Nach Savigny's Vorgang pflegte man diese Begriffe unter dem gemeinsamen Namen „Selbstbeschränkungen des Willens", durch welche nämlich der Wille „den Umfang, den er außerdem haben würde, vermindert" zu befassen [16]). Sofern dem Worte „Beschränkung" die Kategorie der Quantität (Extensität) entspricht, und da der erläuternde Zusatz („und so den Umfang, den er außerdem haben würde, vermindert") zeigt, daß das Wort wirklich in seiner eigentlichen (extensiven) Bedeutung genommen ist [16a]),

sprechen. Daß durch die Bedingung die Machtsphäre des Willens erweitert wird, will ich nicht in Abrede stellen; daß dies aber nicht ohne Einbuße an Intensität geschehen kann, läßt sich von vornherein annehmen, und bei näherer Betrachtung der Bedingung gar nicht verkennen.

15) Dies ist so wesentlich, daß sich hierdurch die eigentliche Bedingung von der conditio iuris unterscheidet. Da wir von der letzteren weiter unten noch ausführlich handeln müssen, wird dieses Moment hier absichtlich nicht weiter entwickelt.

16) System Band 3, S. 120. In Beziehung auf die Zusammenfassung unter den gedachten Begriff stimmt auch Unger a. a. O. S. 57, Note 3 zu, leugnet aber doch für die Bedingung die Anwendbarkeit der Kategorie der Quantität.

16a) Wenn wir selbst hin und wieder den Ausdruck „Beschränkung" gebrauchen, so geschieht dies in der Meinung, eine Verminderung der Intensität damit zu bezeichnen.

paßt dasselbe einzig und allein nur auf den dies. Als etwas Unkörperliches kann der Wille selbst nur in der Zeit Extensität haben; jede andere Extensität wäre eine solche seiner Objecte, nicht des Willens selbst. Eine Beschränkung des Willens in extensivem Sinn kann folglich nur eine zeitliche, also der dies, sein. Der modus aber ist weder eine Beschränkung der Extensität, noch eine Schwächung der Intensität des Willens, sondern auf Seite des Gebenden eine Steigerung, auf Seite des Empfangenden eine Schwächung des negativen Moments des Willens, d. i. der Freiheit. Conditio, dies, modus sind also nicht drei Unterabtheilungen einer und derselben species, sondern drei verschiedene species.[17]).

Ist es nun dem positiven Momente des Willens, dem Willen als Macht, wesentlich, sich in der Außenwelt, soweit es die Gesetze der Causalität und die höhere Ordnung des allgemeinen (objectiven) Willens gestatten, d. h. also in der Richtung auf die Zukunft und in Uebereinstimmung mit dem objectiven Recht, zu realisiren, und ist die Bedingung eine Schwächung dieses positiven Moments, so kann die Wirkung der Bedingung nur die Hemmung der Realisirung des Willens

17) Nähere Ausführung und Begründung würde uns hier zu weit führen. Daher soll es vorläufig nur als problematisch hingestellt werden, daß a) Beschränkung des Willens (im extensiven Sinne) für den dies, b) Schwächung (im intensiven Sinne) des positiven Willensmoments für die conditio, c) Steigerung und resp. Schwächung des negativen Willensmoments für den modus, in allen drei Fällen durch den Willen selbst gesetzt, hinlängliche Begriffsbestimmungen ohne weitern Zusatz sein möchten. — Nur bezüglich des modus möchte ich noch darauf aufmerksam machen, daß Savigny (System III. S. 230) seine Auffassung desselben als einer Willensbeschränkung nur durch das Hereinziehen des Willens-Objectes rechtfertigen kann. Die zuerst von ihm als scheinbar supponirte Auffassung „Erweiterung des Willens auf einen neuen Gegenstand" ist freilich nur scheinbar, denn ein Geschäft sub modo ist ebenso einheitlich, als eines sub conditione. Allein mußte nicht sein eigenes Schlagwort: „Der Modus zwingt" u. s. w. (S. 231) auf das Freiheitsmoment hinführen?

sein. Nicht der Wille selbst, nicht seine Existenz wird in Frage gestellt; wir haben gesehen, daß er mit der Setzung der Bedingung zugleich sich selbst, und damit die Möglichkeit seiner Realisirung gesetzt hat. Die Wirklichkeit der letztern aber hat er gleichsam aus der Hand gegeben; diese bleibt damit verknüpft, womit sie der Wille freiwillig verknüpft hat: mit dem (ungewissen) Eintritt des zukünftigen Ereignisses [18]).

Hier ist nun der Ort, der abweichenden Ansichten Fitting's und Schönemann's zu gedenken, die sich, da jeder von den entgegengesetzten Momenten des Bedingungs-Begriffs [18a]) Eines urgirt, diametral gegenüber stehen. Fitting betont das negative Moment zu sehr, oder vielmehr allein, und läßt demzufolge das Dasein des Willens selbst vom Ausfall der Bedingung abhängig sein [19]). Allein wie kommt denn die Bedingung dazu, daß von ihrem Ausfall überhaupt etwas abhängig ist? Doch wohl nur durch den Willen, der aber dann doch in irgend einer Weise existirt haben muß [20]). Schöne-

18) Hiermit sind wir da angelangt, wovon Windscheid (Pandekten I. §. 86. p. 192. Note 2) ausgeht: „Nicht die Existenz des Willens wird von der Bedingung abhängig gemacht, sondern die Existenz des Gewollten (der gewollten rechtlichen Wirkung)."

18a) Zwischen diesen entgegengesetzten Momenten schwankt Brackenhöft a. a. O. S. 111 ff. hin und her; ein bedingtes Sein ist ihm ein Widerspruch mit sich selbst (S. 111), welcher aber seine Lösung finde durch die (mir unverständlich gebliebene) Trennung von Leistung und Erfüllung. Mit der Windscheidschen Auffassung stimmen aber dann wieder Sätze überein, wie: „die Bedingtheit kann nur das Erzeugniß des Geschäfts ergreifen" (S. 113), und es sei „ungeachtet der Bedingtheit ein obligatorisches Moment verwirklicht" (S. 145).

19) In diesem Archiv Bd. 39. S. 308. 337. 349.

20) Unger, a. a. O. adoptirt die Begriffsbestimmung Fitting's, combinirt aber damit S. 70 ff. die Rückziehung, wie sie Fitting früher (Rückziehung S. 118) auch für die erfüllte Bedingung aufgestellt hatte. Dadurch geräth Unger in den für mich unlöslichen Widerspruch, daß einerseits das Dasein des Willens (und damit des Rechtsgeschäfts) von dem Eintritt der Bedingung abhängig sein, andrerseits aber eben dieser Eintritt das Rechtsgeschäft doch nicht zur Existenz, sondern nur die frühere Existenz zur Erkenntniß bringen soll. (S. 71. 72.) In der Definition wird der Bedingung also für die

mann[21]) bemerkt daher mit Recht, daß diese Formulirung des Begriffs (nur identificirt er mit derselben zu Unrecht auch die, welche auf „Selbstbeschränkung" des Willens geht) die pendente conditione (doch noch) stattfindenden Wirkungen unerklärt lasse. Seine Auffassung dagegen, wonach ein bedingtes Geschäft vollständig perfect wäre, und von einer Beschränkung oder Schwächung des Willens durch die Bedingung keine Rede sein könne, läßt die Pendenz selbst unerklärt. Da Schönemann bei seiner ganzen Ausführung nur von „Rechtsgeschäft" spricht, so scheint er übersehen zu haben, daß nicht das Rechtsgeschäft, sondern das entsprechende Rechtsverhältniß suspendirt wird[22]).

Nunmehr wenden wir uns zu der erfüllten Bedingung. Das zukünftige, ungewisse Ereigniß ist eingetreten; dasselbe ist nun, sobald es ist, auch vergangen und gewiß, und hat also alle die Merkmale, welche für die Bedingung charakteristisch waren und eine Schwächung des Willens begründeten, verloren. Es nimmt vom Augenblick seiner Existenz an den Charakter der causa (praeterita) an, von welcher bestimmt zu werden, nur der endlichen Natur des Willens gemäß, keineswegs aber eine Schwächung seiner überhaupt möglichen Macht ist. Da also jetzt das Hinderniß seiner vollen Wirksamkeit (die conditio) zu existiren aufgehört hat (denn sobald es heißt: conditio existit, hört sie auf, als solche zu existiren[22a]), so tritt

---

Zukunft constituirende Wirkung beigelegt, die sich dann auf einmal in eine declarirende abschwächt. Diesen Widerspruch hat Fitting in der angeführten Abhandlung durch Hereinziehen des dies vermieden; er kommt aber dann auf eine andere Art ins Gedränge, vgl. unten Anm. 33.

21) In der oben Note 3 erwähnten Abhandlung.

22) So auch Windscheid Pand. a. a. O. Es ist dies nur eine andere Ausdrucksweise für das oben Gesagte: Rechtsgeschäft ist eben die Setzung des Willens seinem Sein und der Möglichkeit seiner Realisirung nach; Rechtsverhältniß ist die Wirklichkeit dieser Realisirung. Das praktische Interesse der Bedingung ist eben dies, Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß zu trennen; jenes zu setzen, dieses der Entscheidung einer künftigen Conjunctur vorzubehalten.

22a) Die Paradoxie ist nur scheinbar; das eine Mal bedeutet ja conditio das zukünftige Ereigniß, das andere Mal die ihr eigenthümliche Qualification des Willens.

diese letztere nun ein. Fragen wir aber, von welchem Zeitpunkte an der Wille seine volle Macht und Wirksamkeit erhalte, so kann nach den bisherigen Ausführungen die Antwort nur die sein: von dem Zeitpunkte an, wo dies der Natur des Willens nach möglich war; möglich war dies aber erst dann, wenn das als Bedingung gesetzte zukünftige Ereigniß als ein factum praeteritum, als causa dem Willen zur Grundlage diente. So wenig dieses Factum, nachdem es einmal eingetreten, darum auch schon vorher existirte, so wenig ist es möglich, daß der Wille, nachdem er einmal, in einem gegebenen Zeitpunkte, zu seiner vollen Wirksamkeit gelangt, deshalb nun auch schon vorher diese gehabt haben sollte. Und da es der Wille war, der von diesem in der Zukunft vielleicht eintretenden Ereigniß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (= die Wirklichkeit des Rechtsverhältnisses) abhängig machte, und doch gewiß Niemand bei Abschluß eines bedingten Geschäfts auch nur die Möglichkeit sich vorstellt, daß das zukünftige Ereigniß, nachdem es einmal eingetreten, seine Existenz auch rückwärts in die Vergangenheit erstrecken könne: so ist auch nicht abzusehen, inwiefern die Rückwirkung in der vermuthlichen Absicht der Parteien ihre Begründung finden könnte. Von dieser ist nun noch des Näheren zu reden.

Daß gerade die Nichtrückwirkung der Absicht der Parteien bei Abschluß eines bedingten Geschäfts entsprechend sei, anerkennt auch Fitting in der schon erwähnten Abhandlung (S. 332): „Indem die Parteien ein Rechtsgeschäft von dem Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig machen, wird es auch ihre zu vermuthende Absicht sein, die Wirkung des Geschäfts bis zum Eintritt jenes Ereignisses hinauszuschieben." Nur soll nach Fitting dies von dem in der Bedingung steckenden dies herrühren, während die Bedingung kein Aufschieben begründe.

Götting dagegen[23]) stellt die präsumtive Absicht der Parteien nicht etwa blos als einen, sondern als den einzigen Grund der Regel von der rückwirkenden Kraft der Bedingung hin.

23) In der Note 3 angeführten Abhandlung. Die dualistische Auffassung Götting's verwirft auch Brackenhöft a. a. O. S. 112 f.

Seine Beweisführung ist seltsam genug. Darnach wären nämlich bei jedem bedingten Contract zwei ganz verschiedene Verträge zu trennen:

1) der bedingte Contract selbst,

2) der Vertrag, das bedingte Geschäft beim Eintritt der Bedingung geschlossen haben zu wollen. (A. a. O. S. 250). Zur Erklärung der vermuthlichen Absicht der Parteien ist aber die Aufstellung des Vertrags sub 2. die handgreiflichste petitio principii. Aber nicht genug! Götting räumt dies selbst S. 274 mit den Worten ein: „Deshalb (nämlich weil meiner Ansicht nach die Regel von der rückwirkenden Kraft ihren Grund in der vermuthlichen Absicht der Parteien hat) habe ich auch bisher immer gesagt: „geschlossen haben zu wollen" und nicht: „zu schließen" oder „schließen zu wollen", ohne deshalb im Geringsten an der Beweiskraft seines Räsonnements zu zweifeln [24]).

Man braucht sich die Sache blos an einem praktischen Beispiel klar zu machen, um sofort einzusehen, daß das als Bedingung gesetzte Factum nicht blos als ein reines Geschehen, sondern als ein solches in Betracht kommt, das seine praktischen (ökonomischen oder sittlichen) Folgen hat; und dann wird man auch über die vermuthliche Absicht der Parteien nicht im Zweifel sein. Gesetzt, es kauft Jemand ein Gut für 100000 fl. unter der Bedingung, daß eine gewisse Eisenbahnlinie gebaut wird; diese Eisenbahnlinie kommt nach mehreren Jahren auch zu Stande. Sage ich nun dem Käufer, Kraft Rechtsvorschrift werde er vom Tag des geschlossenen Vertrags an als Eigenthümer behandelt, habe sich also mit demjenigen Ertrag des Guts zu begnügen, den dasselbe bei mangelhaften Verkehrs- und Transportmitteln

---

24) Eine ähnliche petitio principii bei Römer, die bedingte Novation S. 79: „Es fragt sich daher nur, wie wir die Rückwirkung juristisch zu construiren haben? So: der Wille desjenigen, der ein bedingtes Rechtsgeschäft schließt, geht dahin, daß, wenn die Bedingung eintritt, das betreffende Rechtsverhältniß rückwärts entstehen soll," und S. 81: „Wer unter einer Bedingung sich obligirt, sagt: wenn die Bedingung eintritt, sollst du Gläubiger gewesen sein von jetzt an." Vgl. auch Unger a. a. O. S. 72.

abwarf, dafür aber die 100000 zu verzinsen, so wird er einer solchen Rechtsvorschrift gewiß kein großes Lob spenden; sage ich ihm aber, eben das sei seine vermuthliche Absicht gewesen, so wird er mir ins Gesicht lachen. Das Geschäft war für ihn vortheilhaft, wenn und sobald gewisse Conjuncturen eintraten; so wenig diese Conjuncturen, nachdem sie eingetreten, deshalb auch schon früher vorhanden waren, ebenso wenig lag es in seiner Absicht, das Rechtsverhältniß, nachdem es einmal zu Stande gekommen, in eine Zeit zurückzuerstrecken, in welcher jene Conjuncturen nicht, und vielmehr solche vorhanden waren, unter welchen er das Geschäft nicht wollte. Durch Statuirung einer Rückwirkung würde seine Absicht ex post geradezu vereitelt.

An den vorstehenden und ähnlichen Beispielen mag man sich auch bis zur Evidenz klar machen, wie ungerechtfertigt es ist, die deficirende und die erfüllte Bedingung in Beziehung auf die Rückwirckung gleich zu behandeln (vgl. oben S. 257), und daß die angebliche Consequenz hiebei nur eine oberflächliche und scheinbare ist.

Es sind denn auch bei weitem nicht alle Vertheidiger der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung so weit gegangen, wie Sell. Schon Savigny[25]) will die Frage, ob Rückziehung Statt finde, nur im Allgemeinen bejaht wissen, und fügt hinzu: „jedoch sind dabei manche Beschränkungen zu bemerken." Diese von ihm blos aufgezählten Beschränkungen und Ausnahmen haben Wächter[26]) und Vangerow[27]) unter ein Princip zu bringen versucht, indem sie den Satz aufstellen, daß eine Rückziehung der Bedingung nur in Beziehung auf den Erwerb des Rechts an sich, nicht aber in Beziehung auf die Ausübung (Wächter: „Fälligkeit") des Rechts anzunehmen sei. In der That wird durch diese Unterscheidung die Theorie der Rückwirkung insofern praktisch durchführbar gemacht, als sie jener (z. B. von Sell vertheidigten) äußersten Consequenz, die zu innern Widersprü-

25) System Band III. S. 151 ff.
26) Handbuch des württemberg. Privatrechts, II. S. 701 ff.
27) Pandekten I. (1863) S. 144. Nr. 3.

chen[28]) und damit nothwendig zur Rechtsunsicherheit führt, die Spitze abbricht. Warum nun aber sich mit dieser vermittelnden Ansicht, die den Anforderungen der Praxis genügt und sich auch zur Noth mit den Quellen in Uebereinstimmung bringen läßt, nicht genügen lassen? Nun, wir meinen, es sei für Theorie und Praxis ersprießlicher, ein richtiges Princip zu handhaben, das keine Ausnahmen duldet, und auch keine braucht, als ein unrichtiges Princip durch Ausnahmen und Einschränken hinterher unschädlich zu machen.

Irren wir nicht, so sind die Vertheidiger der erwähnten Mittel-Ansicht durch ein ganz bestimmtes Bedürfniß bewogen worden, an der Theorie von der rückwirkenden Kraft im Princip festzuhalten: durch das Bedürfniß nämlich, gewisse in den Quellen positiv aufgestellte Rechtssätze auf befriedigende Weise zu erklären[29]). Wir werden im ersten Theile des zweiten Abschnitts versuchen, diesem Bedürfniß auf andere Weise zu genügen und so manche Bedenken gegen unsre Ansicht, die auf den ersten Blick nicht ungewichtig scheinen, zu beseitigen.

Dasselbe Bedürfniß, nur in allgemeiner Formulirung, scheint Ihering im Auge zu haben, wenn er[30]) die Bedeutung der rückwirkenden Kraft der Bedingung darin findet, daß man das Rechtsgeschäft vom Tag seiner Conception datire, und wenn er den Grund dieser Erscheinung in dem, den Anschauungen

28) Wächter stellt sie a. a. O. S. 708 in folgender schneidender Weise blos: „Es wäre widersinnig zu sagen, daß ein Schuldner, der in einem gewissen Zeitraum gar nicht zu zahlen verbunden war, hinterher so zu behandeln sei, als ob er in diesem Zeitraum hätte zahlen sollen." Damit man aber nicht glaube, dieser Widersinn sei von Wächter blos supponirt, sehe man einmal in Sell's mehrerwähnter Monographie S. 40, wo gesagt ist, daß der, welchem sub conditione creditirt worden, conditione pendente kein Recht auf die Früchte habe; und S. 144, wo behauptet wird, daß der Empfänger nach Eintritt der Bedingung den Anspruch auf die während des Obschwebens derselben gezogenen Früchte rückwärts bis zum Anfang der Tradition erwirbt.

29) Ausgesprochen ist dies z. B. von Bangerow a. a. O. S. 142: „Aus diesem Princip der Rückziehung geht dann auch eine ganze Reihe von Rechtssätzen hervor, die ohnedies schwer oder gar nicht zu erklären sein würden." Vgl. Ihering, Geist III. 1. 161, Note 216.

30) Geist des röm. Rechts III. 1, S. 161.

der natürlichen Welt entnommenen Satze erblickt [31]), daß Anfang und Ende, Ursache und Wirkung kein vacuum in der Mitte verstatten. Mit andern Worten, es ist die Einheit des bedingten Rechtsgeschäfts, welche, durch das Auseinandertreten von Rechtssetzung in abstracto und Rechtswirkung scheinbar gefährdet, durch die Theorie von der rückwirkenden Kraft der Bedingung gewahrt werden soll. Daß es aber hiezu dieser Theorie nicht bedarf, möchte sich aus folgender Betrachtung ergeben.

Das der Natur des Willens gemäße, ich möchte sagen gesunde Verhältniß ist unstreitig dies, daß der Wille, sobald er sich setzt, sich auch realisirt; daß das Rechtsgeschäft das entsprechende Rechtsverhältniß sofort, und von da ab weiter in die Zukunft, ins Leben ruft. Ein Wille, dessen Realisirung von vorneherein aufgegeben wird (unmögliche Bedingung z. B.) ist eben eine bloße Velleität, welche als solche im Rechtsgebiet gar nicht in Betracht kommt. Aehnlich, wenn die ursprünglich als möglich gesetzte Realisirung des Willens hinterher definitiv beseitigt wird; es wird hier gleichsam der einzige Faden, durch welchen ein solcher Wille mit der Wirklichkeit zusammenhing, abgeschnitten, und es fällt nun das Ganze in sich zusammen (deficirende Bedingung). Anders, wenn die Bedingung eintritt. Daß hier die Rechtssetzung (das Rechtsgeschäft) und die Rechtswirkung (das Rechtsverhältniß) auseinanderfallen, ist nicht zu vermeiden. Um aber das Ganze zur Einheit zusammenzuschließen, in der Mitte kein vacuum zu lassen, ist es nicht nöthig, die Rechtswirkung in die Vergangenheit zu erstrecken. Es ist doch wohl eine ebenso natürliche Betrachtungsweise, die Rechtssetzung (das Rechtsgeschäft) in die Zukunft zu erstrecken, vom Augenblick der Willenserklärung bis zum Eintritt der Bedingung als fortwirkend und die Einheit vermittelnd zu denken; was freilich dann nicht möglich ist, wenn man vor Eintritt der Bedingung das Dasein des Willens leugnet. Findet sich doch auch beim dies in analoger Weise, daß Dasein und Aus-

31) Ebendas. Bd. II. Abth. 2, S. 407, Note 524.

übung des Rechts auseinanderliegen[32]), und Niemand denkt hier daran, die Einheit des Ganzen durch die Theorie von einer Rückwirkung herzustellen.

Die erwähnte vermittelnde Ansicht, welche bei bedingten Rechtsgeschäften zwischen Rechtserwerb und Rechtsausübung unterscheidet, ist nun von Vangerow durch Hereinziehen des dies noch motivirt worden in einer Weise, deren nähere Betrachtung nicht uninteressant ist, und zur Unterstützung unserer Meinung nicht unerheblich beiträgt. Schon Fitting hatte[33]) sich dahin ausgesprochen, daß die Bedingung regelmäßig eine Zeitbestimmung enthalte, und daher bei bedingten Rechtsgeschäften regelmäßig Bedingung und Zeitbestimmung nebeneinander wirken. Dies führt Vangerow[34]) in folgender Weise näher aus:

„In jeder conditio ist der Regel nach auch ein dies enthalten. Soweit die Bedingung als solche wirkt, wird sie zurückgezogen, d. h. bei ihrem Eintritt wird das bis dahin schwebende Rechtsverhältniß rückwärts als von Anfang an begründet angenommen; soweit aber die Bedingung einen dies enthält, kann niemals eine Rückziehung Statt finden, und die Ausübung des Rechts kann also immer erst nach Eintritt der Bedingung beansprucht werden .... Nach erfüllter Bedingung ist es nun gerade so, wie wenn das Geschäft von Anfang an unbedingt,

32) Ich sage nur „in analoger Weise," der Unterschied ist mir wohl bekannt. Daß aber bei gewissen Complicationen, behufs deren Construction man eben zur rückwirkenden Kraft seine Zuflucht nimmt, die Schwierigkeit für dies und conditio ganz dieselbe ist, und in dem beiden gemeinsamen Moment des Auseinanderfallens von Recht (resp. Möglichkeit des Rechts) und Ausübung des Rechts (peti posse) ihren Grund hat, kann z. B. aus l. 12 de accept. (46, 4) ersehen werden. — Der ganze Gesichtspunkt (von der Datirung des Rechtsgeschäfts) ist indeß ein mehr formeller, und reicht für einseitige Willenserklärungen nicht aus. Es soll deßhalb versucht werden (in dem ersten Theil des zweiten Abschnitts), die hierher gehörigen Fragen von materiellen Gesichtspunkten aus, und zwar für ein- und zweiseitige Geschäfte zugleich, zu lösen.

33) In der mehrerwähnten Abhandlung S. 332. 333. Daß aber Bedingung und Zeitbestimmung in ihrem Wesen gar Nichts miteinander gemein haben (ib. S. 309) und dennoch regelmäßig nebeneinander wirken, (S 333) läßt sich schwer vereinigen.

34) Pandekten I. S. 144.

aber ex die abgeſchloſſen, und dieſer dies nachher eingetreten wäre."

Prüfen wir dieſe Auffaſſung näher, ſo leuchtet wohl ſofort ein, daß ſie nicht von der conditio an ſich gelten kann. Denn die conditio kann auch deficiren, und wo bleibt dann der dies? In der That hat wohl auch Vangerow nur den Fall der erfüllten Bedingung im Auge gehabt, da der dies weder deficiren noch pendiren kann. Steckt aber der dies nicht von Anfang an (d. h. abgeſehen davon, ob die Bedingung eintritt oder nicht) in der conditio — was nach dem eben Geſagten unmöglich iſt — ſo war es jedenfalls zu erklären, wo er conditione impleta nun auf einmal herkomme. Außerdem aber kann auch nicht zugegeben werden, daß es nach erfüllter Bedingung nun gerade ſo ſei, wie wenn das Geſchäft von Anfang an ex die abgeſchloſſen wäre. Wäre es ſo, wie würde ſich die Sache bei der bedingten Erbeinſetzung geſtalten? Nach erfüllter Bedingung wäre es nun ſo, als ob der Erbe von Anfang an ex die eingeſetzt wäre, was bekanntlich unzuläſſig iſt. Wendet man ein: gerade deshalb, weil eine Erbeinſetzung ex die rechtlich nicht möglich iſt, tritt bei der bedingten Erbeinſetzung eine andere Auffaſſung und Behandlung der Bedingung ein, ſo könnte man mit Fug erwidern: hat einmal die erfüllte Bedingung den behaupteten Charakter, und iſt eine Erbeinſetzung ex die unzuläſſig, ſo wäre die Conſequenz die, eine bedingte Erbeinſetzung ebenſo wenig zu geſtatten, wie eine betagte; denn blos deshalb, weil die Bedingung auch deficiren kann, wird man doch die bedingte Erbeinſetzung nicht aufrecht erhalten. Allein ich will jenen Ausweg gelten laſſen. Wie verhält es ſich aber mit bedingten Legaten? Ein betagtes Legat geht auf den Erben des Legatars über, wenn auch der Tod des letztern vor dem Eintritt des dies erfolgt iſt. Es müßte daher nach der Vangerowſchen Theorie auch das bedingte Legat, falls nur nachher die Bedingung eintritt, ſich auf den Erben des pendente conditione geſtorbenen Legatars vererben; denn nach Eintritt der Bedingung wäre es ja gerade ſo zu halten, wie wenn das Legat von Anfang an ex die hinterlaſſen wäre. Bekanntlich findet

eine solche Vererbung nicht Statt; und es ist hier auch die Ausflucht, die wir oben bezüglich der bedingten Erbeinsetzung suppeditirt haben, nicht möglich, da ein Legat sehr wohl ex die hinterlassen werden kann. Die gedachte Auffassung muß also doch nicht ganz richtig sein, obwohl nicht bestritten werden soll, daß dieselbe der Wahrheit viel näher liegt, als die Theorie Sell's. Versuchen wir, das in der Vangerow'schen Auffassung liegende wahre Moment herauszusetzen.

Das haben dies und conditio jedenfalls miteinander gemein, daß sie das normale Wirkungsvermögen des Willens (vgl. oben S. 270) alteriren [35]). Sie thun dies aber in gänzlich verschiedener Weise, und in einem jedem von ihnen eigenthümlichem Verlauf. Wo treten nun ihre Eigenthümlichkeiten am prägnantesten hervor? Bei der conditio dann, wenn sie deficirt — ein solches ist beim dies nicht denkbar — sowie während der Pendenz, welche eine Folge der Möglichkeit des Deficirens und beim dies ebenso undenkbar ist. Der dies aber offenbart seine eigenthümliche Natur in dem Stadium, in welchem man von ihm sagt: dies cedit. Denn sobald dies venit, ist das Geschäft purificirt und hat der dies seine eigenthümlich einschränkende Wirkung verloren. Eben dies gilt von der conditio. Eine conditio impleta hat in demselben Augenblick, wo sie erfüllt ist, alle charakteristischen Eigenthümlichkeiten der conditio abgelegt, weshalb wir oben (S. 266) dieselbe in ihrer Beziehung auf den nach Eintritt der Bedingung in die Zukunft sich (und zwar nunmehr vollkräftig) erstreckenden Willen mit der causa identificirten, oder genauer indifferentiirten. Sehen wir aber von dem Zeitpunkt der eingetretenen Bedingung nicht vorwärts, sondern rückwärts auf den Zeitpunkt der Setzung der Bedingung, so kommt Folgendes in Betracht. Jede Bedingung, die erfüllt wird, wird es zu irgend einer Zeit. Das Zeitmoment ist hier von wesentlicher Bedeutung [36]), wie es denn auch schon im Begriff der Bedin-

35) Insofern also halte ich die in der vorletzten Anmerkung angeführte Behauptung Fitting's für zu weitgehend.

36) Bethmann-Hollweg sagt beiläufig, (Der Civilprozeß des gem. Rechts, I. 2 (1865. Formulä.) S. 515 und Note 123) und zwar

gung (oben S. 262)[37]) enthalten iſt. Iſt es nun richtig, daß eben hier, bei der impleta conditio, wo das Moment der Zeit ſich geltend macht, die conditio ihren eigenthümlichen Charakter verliert, und daß eben dies letztere auch von dem dies qui venit gilt: ſo kann man das Verhältniß von dies und conditio impleta dahin kurz beſtimmen, daß die conditio impleta der Indifferenz-Punkt zwiſchen dies und conditio iſt. Mit andern Worten: Sobald die Bedingung eingetreten iſt, iſt es gleichgültig, ob man ſagt: conditio exstitit oder dies venit. Hiedurch geſchieht weder der Eigenthümlichkeit der conditio, noch der des dies Eintrag; denn ſie haben dieſelbe, wie wir oben ausgeführt, ja auf eben jenen beiden Punkten ihrer Entwickelung ſchon verloren. Ebendarum gilt dieſe Indifferentiirung nur für den Punkt der conditio impleta, und von da vorwärts, und erſtreckt ſich keineswegs zurück; denn dann würde hinterher die Bedingung die Eigenthümlichkeit des dies cedens erhalten, welche ſich mit ihrer Natur nicht verträgt. Indifferenz der conditio impleta und des dies qui venit ſtimmt nun aber mit unſerer Theorie aufs Genaueſte überein; ja, es iſt dies nur eine andere Wendung für den Satz, daß die erfüllte Bedingung nicht zurückwirkt. Daß aber den römiſchen Juriſten dieſe Indifferenz, und zwar genau nur ſoweit, als wir dieſelbe ſoeben behauptet und entwickelt haben, geläufig iſt, ſoll am Schluß des zweiten Abſchnitts nachgewieſen werden. Hier wollen wir nur noch kurz darauf verweiſen, wie unglücklich der Gedanke Sell's war (ib S. 5), gerade bei der erfüllten Bedingung die Römer ſich um gehörige Unterſcheidung des dies und der conditio bemühen zu laſſen.

---

vom Standpunkt der Retraction aus: das Moment der Zeit ſei (bei Erfüllung und Zurückbeziehung der Bedingung) ein zufälliges. Von ſeinem Standpunkt iſt das noch zu wenig geſagt; es iſt da vielmehr nur ein ſcheinbares, und der Schein wird durch die Rückziehung beſeitigt.

37) Oder, wenn man den problematiſchen Begriff Note 17 adoptirt, in den Prämiſſen dieſes Begriffs.

Bevor wir dieſe allgemeinen Betrachtungen mit einer Unterſuchung der conditiones iuris abſchließen, müſſen wir das gewonnene Reſultat noch gegen einen großen Gegner vertheidigen. Zu den Verfechtern der Rückwirkung gehört nämlich auch Leibnitz. Derſelbe ſtellt hierüber in ſeinem specimen certitudinis seu demonstrationum in iure exhibitum in doctrina conditionum[38]) in der definitio 79 Folgendes auf:

Retrotrahi dicunt (sc. conditionem), quando existente conditione perinde habetur, ac si ab initio statim, cum dispositio facta est, exstitisset. . . . . Explicant vulgo retractionem in conditionibus per fictionem, quasi conditio ubi exstitit ab initio dispositionis iam exstitisse fingatur[39]); sed hoc supervacaneum est; conditionatum enim statim debetur, si modo conditio exsistet; hoc quippe verba ipsa important, quae promittunt 100 pure sine dilatione, si navis ex Asia veniet. Fingo igitur, esse in republica prophetam probatum, praedictionibus suis nunquam fallentem . . . . . fingo igitur, declarationis causa, ut retrotractionis natura appareat, talem prophetam auctoritatis probatae praedicere, navem venturam, et quia huius dicta pro facto sunt, iam tum dabitur mihi actio. Et hoc est retrotrahi conditionem, id est conditionatum a conditionis non tempore sed veritate pendere. Erit quippe syllogismus: si navis ex Asia veniet, ego 100 habebo per dispositionem conditionatoris[40]); sed verum est prius, per verba prophetae, ergo et posterius; petere igitur possum.

Ganz ähnlich in dem theorema Nr. 68, S. 154 f. ebendaſ.[41]). Für einen Juriſten iſt es nun gewiß eine mißliche

38) In den opera omnia ed. Ludov. Dutens Genf 1768 tom. IV. pars III. p. 92—158. Die Hinweiſung auf dieſen höchſt intereſſanten Tractat verdanke ich Fitting's oben Note 3 citirter Abhandlung. Als ich meine Diſſertation ſchrieb, war mir derſelbe noch nicht zugänglich; was ich aber dort Note 40, S. 25 gegen Fitting ausführte, trifft auch gegen Leibnitz zu. Die ausgeſchriebene defin. 79 ſteht in der gedachten Ausgabe auf S. 149.

39) Die kraſſeſte Form der Rückziehung, welche das als Bedingung geſetzte zukünftige Ereigniß als ſchon zur Zeit der Setzung der Bedingung eingetreten fingirt.

40) So nennt Leibnitz den unter einer Bedingung Promittirenden.

41) „Exsistente conditione ius conditionale retrotrahitur ad tempus dispositionis, mero iure. Esto enim dispositio conditionalis qualiscunque: si navis ex Asia veniet, Titius 100 habeto. Cum haec dispositio nihil aliud contineat, quam quod verum debeat

Sache, eine Theorie durch die Fiction eines Propheten rechtfertigen zu müssen. Aber selbst diese Fiction reicht nicht aus. Wäre ein solcher Prophet da, so würden zwar sicherlich keine bedingten Geschäfte mehr geschlossen; darum aber würde man keineswegs lauter negotia pura haben, sondern in allen den Fällen, wo man ohne den Beistand des Propheten sich mit bedingten Geschäften behelfen müßte, würde man sie ex die abschließen. Man hole nur zu dem oben beispielsweise angenommenen Geschäft einen Propheten hinzu, und man wird sich davon überzeugen.

Um aber von dem Propheten abzusehen — so gründet sich diese Theorie von der Rückwirkung auf die Anschauung, daß es bei der bedingten Willenserklärung nur auf die Wahrheit des als Bedingung gesetzten Ereignisses ankomme. Diese Auffassung theilt mit Leibnitz Fitting, wenn er[42]) die Bedingung definirt als die Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern (als objectiv ungewiß gedachten[43]) Umstandes. Wie aber Fitting von dieser Anschauung aus zu Sätzen kommt, die ein römischer Jurist kaum vertheidigen möchte (z. B. S. 322: die unmögliche und nothwendige Bedingung sind wahre und eigentliche Bedingungen), so bringt sie auch Leibnitz mit den römischen Juristen in Conflict, so daß er, ein so eifriger Bewunderer derselben er sonst ist, sich zu der Aeußerung hinreißen läßt: parum abest quin dicam, eos quoque responsa sua ad gratiam saepe, non veritatem composuisse[44]).

---

esse Conditionatum, sine ulla adiecta dilatione, si vera sit conditio, . . . manifestum est, si iam tum certi esse possemus de adventu navis, non exspectandum illud tempus esse. Dicit: si navis veniet, habeto. (Die Ausgabe von Dutens hat hier folgende sinnzerstörende Interpunctionen: si iam t. c. esse possemus, de adv. nav. non exsp. ill. temp. esse dicit, si navis veniet, habeto). Dicat propheta (ita fingamus doctrinae causa) in republica probatus: navis veniet; sequitur conclusio: ergo habeto.

42) Cit. Abhandlung S. 337.

43) Ebendas. S. 349.

44) l. l. theor. 4 am Ende, p. 98.

Jene Anſchauung aber, daß es nur auf die Wahrheit des bedingenden Umſtandes ankomme, beruht wieder auf einer vollſtändigen Identificirung eines hypothetiſchen Urtheils und einer bedingten Willenserklärung. Dies ergibt ſich deutlich genug daraus, daß Leibnitz als Beiſpiele einer propositio conditionalis folgende nebeneinander ſtellt[45]: si homo est animal, Petrus sentit und: si navis venerit, Titius 100 habeto; ſowie daraus, daß er die propositio conditionalis in zwei propositiones partiales zerlegt, deren Verbindung (von ihm conditionalitas genannt) Folgendes beſage: si propositio partialis prior, seu conditio ... vera est ..... vera etiam est posterior seu conditionatum.

Daß nun dieſe Gleichſtellung des hypothetiſchen Urtheils und der bedingten Willenserklärung nicht zuläſſig ſei, läßt ſich im Allgemeinen ſchon daraus abnehmen, daß das eine dem Gebiet des Erkennens, die andere dem des Wollens angehört, daß das Gebiet des erſtern die Vergangenheit, das des letztern die Zukunft iſt, daß dort die Wahrheit an und für ſich, hier Intereſſen der mannigfaltigſten Art beſtimmend ſind. Bei genauerer Analyſe ſtellt ſich die Verſchiedenheit aber noch weit ſchlagender heraus. Bei dem hypothetiſchen Urtheil kommt es, damit der Hinterſatz (in Leibnitz' Beiſpiel: Petrus sentit) wahr ſei, nicht blos darauf an, daß der Vorderſatz (si homo est animal) wahr ſei, ſondern auch darauf, daß aus ihm, ſeine Wahrheit vorausgeſetzt, der Hinterſatz folge; und dieſe Concludenz muß durch die nöthigen Syllogismen hergeſtellt werden. Die Concludenz iſt hiebei lediglich eine logiſche. Wer frägt nach einer ſolchen Concludenz bei einer bedingten Willenserklärung? Man verſuche es nur, und man wird gleich finden, daß Wille und Wahrheit keineswegs in einem ſolchen Verhältniß ſtehen, daß aus dem Feſtſtehen der letztern an und für ſich irgend etwas für den Willen folgte[46]. Die Verknüpfung

45) Ibid. p. 94. 95. defin. 1—5.

46) Um dies zum Ueberfluß noch etwas auszuführen, nehmen wir das S. 267 gewählte Beiſpiel. Wenn dort auch der Vorderſatz: „Wenn eine Eiſenbahn in der beſtimmten Richtung gebaut wird" als wahr ange-

des Vordersatzes mit dem Hintersatze geschieht beim hypothetischen Urtheil nach dem Gesetz der (logischen) Nothwendigkeit, bei der bedingten Willenserklärung nach dem der Freiheit; dort ist lediglich die Wahrheit (aber in zwingender Weise), hier sind die Interessen (aber nur in bestimmender Weise) maßgebend. Dies zu übersehen, mögen allerdings die in den römischen Quellen zur Erläuterung der verschiedenen Lehrsätze über Bedingungen gebrauchten Beispiele beigetragen haben; unpraktisch und abstract[47]) wie sie sind, konnten sie leichtlich jenen bedeutenden Unterschied übersehen lassen[48]).

Es sind nun noch die s. g. conditiones iuris zu betrachten übrig.

Es sind zwei Einschränkungen, denen die Macht des subjectiven Willens, der endlichen Natur des letztern gemäß, von Anfang an unterworfen ist. Einmal ist das, was unabhängig von ihm entweder als Wirkung, oder doch in allen seinen Causalmomenten gesetzt (entweder schon vergangen oder in der Zukunft ist gewiß), seiner Einwirkung und Herrschaft entzogen; und zweitens steht der subjective Wille hinsichtlich seines Könnens unter der Herrschaft der Rechtsregel (des objectiven, allgemeinen Willens), dergestalt, daß er sich nur dann und in der Weise verwirklichen kann, wenn und wie es die Rechtsregel gestattet. Wird diese Abhängigkeit des Willens von der Rechtsregel aus-

---

nommen wird, so folgt daraus vielleicht, daß das Gut 100000 werth ist, aber noch lange nicht, daß ich es dafür kaufe.

47) Ich meine dies nicht in dem Sinne, daß etwa kein concretes Factum als Bedingung gesetzt sei, sondern so, daß die gewählten Beispiele keine Beziehung zu den praktischen Interessen des Lebens erkennen lassen: z. B. „si Titius consul factus erit, si Seius in Capitolium ascenderit" u. dgl. Bei „si navis ex Asia venerit" lassen sich solche Beziehungen, wie sie in Wirklichkeit immer vorhanden sein werden, schon eher denken.

48) Ein Geschäft allerdings gibt es, bei welchem lediglich die Wahrheit eines äußern, als objectiv ungewiß gedachten Umstandes den Ausschlag gibt: es ist dies die Wette. Aber selbst hier wird jene Wahrheit ausschlaggebend nur durch den Willen.

drücklich in Form einer Bedingung gesetzt, so ist dies gleichwohl keine wahre Bedingung, weil hier nur eine dem positiven Moment (der Macht) des Willens immanente Schranke ausgesprochen, keineswegs aber seine normale Intensität geschwächt wird. Diese sogenannten conditiones iuris werden nun gewöhnlich nur in Betracht gezogen, sofern sie ausdrücklich ausgesprochen sind, und zwar in doppelter Richtung: insofern es gilt, diese Bedingungen nur als scheinbare, und folglich die betreffende Willenserklärung als eine unbedingte zu erkennen; und insofern gewisse Willenserklärungen auch durch solche uneigentliche Bedingungen vitiirt werden. Sie kommen aber auch noch unter einem dritten Gesichtspunkt in Betracht, und pflegen da in der Regel nicht ausgesprochen zu sein[48a]). Die Wirksamkeit des Willens kann *kraft der Rechtsregel* von irgend einem andern Factum abhängig sein. Ist dies Factum zukünftig und ungewiß, so bleibt der Unterschied von der wahren und eigentlichen Bedingung noch immer der, daß es nicht der subjective Wille, sondern die Rechtsregel ist, welche die Wirksamkeit des Willens an jenes zukünftige Ereigniß knüpft.

Hier findet sich nun zunächst ein Zustand der Pendenz. Nicht in Folge einer Schwächung der Intensität des Willens, wie bei der eigentlichen Bedingung; denn der Wille ist ja in den vorausgesetzten Fällen hinsichtlich seiner Wirksamkeit *nur* durch die Rechtsregel, also in völlig normaler Weise beschränkt. Die Pendenz ist vielmehr eine Folge der Ungewißheit desjenigen zukünftigen Ereignisses, an welches die Rechtsregel ihre Bestätigung des subjectiven Willens knüpft.

Tritt nun jenes Ereigniß ein, so erfolgt die Bestätigung des subjectiven Willens durch die Rechtsregel; es wird jetzt gewiß, daß der Wille, wie er in sich vollkommen und ungeschwächt war, auch gegen die normale Einschränkung seiner Wirksamkeit, den objectiven Willen, nicht verstieß. Während also bei der eigentlichen Bedingung das zukünftige Ereigniß, wenn es eintritt, constituirende Kraft hat — constituirende

48a) Ihnen deßhalb einen besonderen Namen zu geben, schien für unsern Zweck nicht nöthig.

Kraft nämlich in Bezug auf das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses, wenn auch nicht in Bezug auf das Rechtsgeschäft, constituirende Kraft ferner nicht an sich, sondern weil der Wille ihm dieselbe beigelegt hat, — ist die Kraft desselben hier blos confirmirend. Die von Anfang an normale Kraft des subjectiven Willens würde aber nicht bestätigt, sondern verneint werden, wenn derselbe erst von dem Zeitpunkt der Bestätigung an seine volle Wirksamkeit erhalten sollte; es tritt daher hier, bei der conditio iuris der zweiten Gattung, die Behandlung ein, welche man gewöhnlich bei der eigentlichen Bedingung als Rückziehung statuirt.

Eine durchaus analoge Behandlung aus analogen Gründen findet Statt bei der Ratihabition, die man als ein für den Begriff der Rückziehung typisches Geschäft bezeichnen könnte. Der Wille des gestor, als rein individueller, steht zu dem Willen des dominus, dem der objective Wille, das Recht, zur Seite steht, im ganz ähnlichen Verhältniß, wie jeder subjective Einzelwille zum objectiven, allgemeinen Willen. Erfolgt die Ratihabition von Seiten des dominus, so erstreckt sich dieselbe ihrem Begriff gemäß[49]) auf die Zeit des Geschäftsabschlusses durch den gestor zurück; denn eine Genehmigung, die erst in die Zukunft wirken sollte (also, um mit Fitting zu sprechen, mit bloser Vorwirkung), enthielte einen innern Widerspruch. Sofern nämlich der dominus genehmigt, und nicht erst jetzt das Geschäft selbst abschließt, liegt das specifische Interesse für seine Handlungsweise nach der Vergangenheit zu; aber eben dieser würde durch eine Genehmigung ex nunc die Bestätigung versagt werden.

Die Ausscheidung der conditiones iuris von den eigentlichen Bedingungen, welche aus innern Gründen zu rechtfertigen vorstehend versucht worden ist, hat Fitting in der mehr

49) Daß auch nach römischer Anschauung die Rückziehung bei der Ratihabition aus dem Begriffe der letztern folge, zeigen deutlich die Worte Marcian's in der l. 16. §. 1 de pignor. et hyp. (20, 1): Dicendum est, hoc ipso, (so wird wohl zu lesen sein) quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit (scil. inter gestorem et creditorem).

erwähnten Abhandlung (S. 311 ff.) und nach ihm Unger (a. a. O. S. 58 und Note 5) als ungerechtfertigt angegriffen. Allein wenn der subjective Wille in dem einen und andern Falle, wie oben nachgewiesen sein dürfte, ganz verschieden afficirt wird, so ist die bisher übliche Unterscheidung theoretisch gerechtfertigt, und es kann nichts dagegen verschlagen, daß beide Arten von Bedingungen in gewissen Punkten (z. B. eigentliche Bedingung und ausgesprochene conditio iuris in der Vitiirung gewisser Willenserklärungen) gleich behandelt werden. Daß aber bei conditiones iuris, und zwar nicht blos wenn sie Legaten beigefügt sind (Fitting a. a. O. S. 313. 314.), sondern überall Rückziehung Statt hat, macht jene Unterscheidung auch praktisch wichtig, sofern nämlich, wie nachgewiesen werden soll, für die eigentlichen Bedingungen das Gegentheil in den Quellen bezeugt ist, und also die herkömmliche Unterscheidung: „daß bei eigentlichen Bedingungen Rückziehung Statt finde, bei conditiones iuris dagegen nicht," nicht nur (in ihrem zweiten Theil) mit Fitting und Unger (a. a. O. S. 57, Note 68) verworfen, sondern geradezu auf den Kopf gestellt werden muß. Wenn endlich Unger (a. a. O. S. 60 f. Note 12) nach dem Vorgange Fitting's (l. c. S. 312 f.) aufstellt, es sei reine quaestio facti, ob ein besonders hervorgehobener Umstand, der sich von selbst versteht, als eigentliche Bedingung zu betrachten sei oder nicht, so kann dies nur bezüglich letztwilliger Verfügungen zugegeben werden, und es scheint mir unstatthaft, das in l. 19 §. 1 de cond. et dem. (35, 1) Gesagte zu generalisiren.

Zweiter Abschnitt.

Wir haben nunmehr nachzuweisen, daß die Resultate, welche wir im vorigen Abschnitt lediglich aus der Natur der Sache, nämlich aus dem von uns construirten und entwickelten Begriff der Bedingung ableiteten, auch dem Inhalt unserer Quellen entsprechen. Zunächst — und dies wird der wichtigere und umfangreichere Theil der Aufgabe sein — ist eine Reihe von Stellen, welche bisher für die rückwirkende Kraft der Bedingung

angeführt wurden, zu beleuchten und darzuthun, eines Theils, daß zu ihrer Erklärung jene Theorie nicht nur nicht nöthig iſt, ſondern nicht einmal ausreicht, vielmehr andere Geſichtspunkte herangezogen werden müſſen (I.), andern Theils, daß in denſelben keine wahren Bedingungen, ſondern nur conditiones iuris in Frage ſtehen. (II.) Nach Beendigung dieſes negativen Theils unſerer Aufgabe werden wir blos auf die, von den Vertheidigern der Rückwirkung bisher als Ausnahmen behandelten Rechtsſätze, als auf Ausflüſſe des von uns vertheidigten Princips hinzuweiſen, und einige bisher wenig beachtete, unſere Theorie beſtätigende Stellen zu beſprechen haben. (III.)

I.

Eine vielfach citirte[50]) Stelle, welche beweiſen ſoll, daß zwar nicht bei bedingten Legaten, wohl aber bei bedingten Stipulationen Rückziehung Statt finde, iſt die l. 42 pr. de O. et A. (44, 7):

Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum extiterit conditio. Quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.

Die Benutzung dieſer Stelle in dem angegebenen Sinne hätte von vornherein aus zwei Gründen bedenklich erſcheinen müſſen. Einmal heißt es pendente conditione[51]), während, wo es ſich um Rückziehung handelt, doch allemal impleta conditio in Frage ſteht. Dann iſt die Stelle ſo allgemein gehalten, daß man mit Rückſicht auf andere Stellen hätte fragen ſollen, ob unſre l. 42 in ihrem urſprünglichen Zuſammenhang, wie dies bei Pandektenſtellen öfter der Fall[52]), nicht eine

---

50) Z. B. von Fitting, Rückziehung S. 40, von Vangerow, Pand. I. S. 142.

51) Nachträglich ſehe ich, daß auch ſchon Schirmer (Prätoriſche Judicialſtipulationen S. 125) gegen Huſchke auf dieſen Punkt Gewicht gelegt hat, ohne übrigens die Sache zu erledigen.

52) Man vergleiche z. B. l. 144 §. 1 de R. I. (50, 17), excerpirt aus l. 78 pr. de V. O. (45, 1) laut beiderſeitiger Ueberſchrift. Sell

engere Beziehung zu gewissen Rechtssätzen habe, deren allgemeine Formulirung sie dann wäre. Solche Stellen sind z. B. l. 9 §. 2 qui pot. (20, 4), wonach der Legatar pendente conditione sich vom Erben ein Pfand bestellen lassen kann, was sich mit dem Anfang der l. 42 in seiner allgemeinen Fassung schwer vereinigen läßt: andrerseits §. 4 in f. Inst. de verb. obl. III. 15 (16) und l. 13 §. 5 de pign. et hyp. (20, 1), wo im Widerspruch mit dem zweiten Theil der l. 42 cit. gesagt wird, es werde bei bedingten Obligationen pendente conditione nichts geschuldet, sondern es bestehe nur eine Hoffnung, daß ein debitum erwachsen werde [53]).

Sehen wir uns nun nach solchen Rechtssätzen um, für welche die l. 42 cit. die allgemeine Formulirung enthalten könnte, so bietet sich uns dar

1) die bekannte Regel, daß bei bedingten Stipulationen das Recht pendente conditione auf den Erben übergeht, bei bedingten Legaten dagegen nicht. Der Grund dieses Unterschieds ist so vielfach ventilirt worden, und es ist für unser Thema so wichtig, den wahren Grund zu finden, daß wir uns bei Besprechung dieser Regel länger aufhalten müssen, zumal auch verwandte Rechtsregeln auf dieselbe Weise zu erklären sein werden.

Gewöhnlich erklärt man diese Regel ebenso, wie den Ausspruch der l. 42 cit., daraus, daß bei bedingten Stipulationen die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft habe, bei bedingten Legaten nicht.

Zunächst muß hier wiederholt werden, daß es sich um die Vererbung pendente conditione, also ganz abgesehen davon, ob die Bedingung eintritt, oder nicht, handelt. Man wende nicht ein, dies sei eine bloße Wortfechterei und schließlich

---

freilich (l. c. p. 106) meint, erstere Stelle handle von unbedingten, letztere von bedingten Stipulationen; als ob es bei den erstern noch der Versicherung bedürfte, daß bei ihnen id tempus spectatur, quo contrahimus!

53) Die Art, wie Schönemann die Schwierigkeiten der l. 42 beseitigt (es soll damit nur gesagt sein, daß der bedingte Legatar weniger Rechte habe, als der bedingte Stipulator, cit. Abhandl. S. 38), wird schwerlich irgend Jemanden befriedigen.

komme eine Vererbung praktisch doch nur nach erfüllter Bedingung in Frage. Dies letztere ist aber nicht richtig. Wenn der Erbe des bedingten Stipulators sich z. B. Caution oder Pfandrecht bestellen lassen wollte, so müßte nach der obigen Erklärung erst der Eintritt der Bedingung abgewartet werden, denn dann erst wüßte man ja, daß das Recht auf ihn übergegangen wäre. Es läßt sich also mit der Erklärung aus der rückwirkenden Kraft der Bedingung schon praktisch nicht auskommen.

Theoretisch befriedigend ist dieselbe aber auch keineswegs; denn sie fordert von selbst zu der weitern Frage auf: warum hat die Bedingung bei Stipulationen rückwirkende Kraft, bei Legaten nicht? Man sollte glauben, daß, wenn aus der Verbindung zweier wesentlich verschiedener Rechtsgeschäfte (Legat und Stipulation) mit ein und demselben dritten Element (der Bedingung) verschiedene Resultate entstehen, der Grund dieser Verschiedenheit nicht in dem identischen Factor (der Bedingung) gesucht werden dürfte, sondern in der differenten Natur der ungleichen Factoren. Sucht man den Grund in der rückwirkenden Kraft der Bedingung: wie will man es erklären, daß sowohl bei der bedingten Stipulation, als bei dem bedingten Legat das debitum sich vererbt, obwohl bei jener die Bedingung rückwirken soll, bei diesem nicht? Ebenso wenig wird es von diesem Standpunkt aus zu erklären sein, warum das Recht des Erben so wenig, als das des Legatars, transmittirt wird, obwohl man der Bedingung dort rückwirkende Kraft beilegt, hier sie abspricht. Es dürfte sich hieraus ergeben, daß jene Regel nicht nur nicht für die rückwirkende Kraft der Bedingung beweist, sondern daß sie durch letztere gar nicht einmal erklärt werden kann.

Auch nicht in der Weise, daß man mit Huschke[54]) als weitern Grund für die Rückziehung der Bedingung in dem einen, und die Nichtrückziehung derselben in dem andern Falle dies anführt, „daß die Bedingung beim Legat nicht sowohl,

54) In einer Abhandlung „Vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht" Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc. Bd. 20 (1844) S. 149.

wie bei Traditionen oder Stipulationen, die Bedeutung hat, den Willen hinsichtlich des legirten Objects, sei es Eigenthum oder Obligation, als vielmehr hinsichtlich der Person des Legatars und deren Berechtigung selbst zu suspendiren, mithin soviel sagen will, als: wenn der Legatar beim Eintritt dieses Umstandes lebt; denn[55]) stirbt derselbe vor Eintritt der Bedingung, so ist das Legat nichtig, während die bedingte Stipulation auf den Erben transmittirt wird." Zugegeben, daß die Bedingung beim Legat die angegebene Bedeutung habe, wie kommt sie zu derselben? Doch wohl nur durch die eigenthümliche Natur des Legats, da sie ja nur beim Legat diese Bedeutung haben soll. Man wird also den Grund jenes Unterschieds in dem eigenthümlichen Unterschied des Legats und der Stipulation, oder allgemeiner der Geschäfte von Todes wegen und der Verträge zu suchen haben.

Schirmer[56]), welcher Huschke zu verbessern sucht, ist nicht eben glücklicher. Nach Deductionen ziemlich fraglicher Natur, (wobei er indeß mit eigenen Bedenken fortwährend zu kämpfen hat) kommt er zu dem Resultat:[57]) „Und so ist denn nach unsrer Anschauungsweise die Nothwendigkeit, daß der Bedachte die Existenz der Bedingung erleben muß, nicht eigentlich als Folge der unterbleibenden Retrotraction .... zu betrachten, sondern als Folge davon, daß mit dem Tode des Legatars der Inhalt der Disposition selbst unerfüllbar wird." Nun, das bedingte Legat wird mit dem Tode des Legatars eben nur unter Voraussetzung der Regel, daß der Legatar die Bedingung erleben muß, unerfüllbar; das eine als die Folge des andern hinstellen, heißt sich im Kreise drehen.

Windscheid hatte in seinem Eingangs erwähnten Programm[58]) sich auf die Nichttransmittirung des bedingten Legats

55) Durch diesen mit „denn" eingeleiteten Schlußsatz wird die ganze Argumentation zu einem Zirkel; was er nämlich als Grund für die behauptete Bedeutung der Bedingung anführt, ist das, was von Anfang an zu begründen war.

56) Prätorische Judicialstipul. S. 123 ff.

57) A. a. O. S. 126.

58) Abschnitt I. Nr. 5.

als auf einen Beweis für die nicht rückwirkende Kraft der Bedingung berufen, und daselbst auch den von den Vertheidigern der Rückwirkung für diesen Fall angeführten Ausnahmegrund „der höchstpersönlichen Natur der letztwilligen Verfügungen" (auf den zuletzt auch die Erklärungen von Huschke und Schirmer hinauslaufen) verworfen. Später indessen [59]) kam er auf eben diesen Grund zurück; und in der That: wer sich auf die Nichttransmittirbarkeit des bedingten Legats als Beweis für die nichtrückwirkende Kraft der Bedingung beruft, wird nicht umhin können, die Transmission der bedingten Stipulation als Beweis für die rückwirkende Kraft derselben gegen sich gelten zu lassen. Windscheid äußert sich über die fragliche Regel so: [60]) „Nichts hindert, daß dem Willen des Testators nur dann Genüge geschieht, wenn der lebende Vermächtnißnehmer, nicht aber auch, wenn der gestorbene kraft einer Fiction das Vermächtniß erhält." Es ist hier die „höchstpersönliche Natur" des Legats (was nur ein andrer Ausdruck für die Nichttransmittirbarkeit desselben ist) auf den Willen des Testators zurückgeführt. Wie ist es aber dann mit dem betagten Legat? Dieses wird transmittirt, und es kann also sehr leicht der Fall eintreten, daß eine andere Person, als die vom Testator bedachte, das Legat erhält. Oder soll nur das bedingte Vermächtniß jene höchst persönliche Natur haben? Dann wären wir wieder bei der Auffassung Huschke's angelangt.

So viel scheint sicher, mit der rückwirkenden Kraft der Bedingung und deren Gegentheil hat der besprochene Unterschied nichts zu schaffen. Da aber die sonstigen Erklärungen desselben auch nicht genügen, so wird der Versuch einer anderweitigen Begründnng desselben gewagt werden müssen, wenn auch nur andeutungsweise, da es für unsern Zweck eigentlich genügt, nachgewiesen zu haben, daß jene Regel weder für, noch gegen die rückwirkende Kraft der Bedingung die geringste Beweiskraft hat.

---

59) Recension der Fittingschen Monographie in der Heidelberger krit. Zeitschr. IV. S. 35 ff. besonders S. 41 ff. und Pandekten I. §. 89.

60) Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 41.

Ich erkläre mir nun den Unterschied so. Der, welcher unter einer Bedingung stipulirt, hat von diesem Augenblick an[61]) ein erworbenes Recht, der bedingte Legatar dagegen nicht. Ein Recht nämlich, als eine mit dem objectiven (allgemeinen) Willen übereinstimmende und von ihm garantirte Macht des subjectiven (Einzel-) Willens, kann dem Einzelnen nur durch eine Thätigkeit dieses seines Willens vermittelt und so von ihm erworben werden. Eine solche Thätigkeit findet nun Seitens des Stipulators bei der bedingten Stipulation Statt. Zwar ist die Intensität seines Willens — der eigenthümlichen Natur der Bedingung gemäß — geschwächt; aber so, wie er ist, hat er doch immerhin den Willen des Promittenten ergriffen und sich unterworfen. Anders beim Legat, und bei der letztwilligen Verfügung überhaupt. Sie ist, als eine einseitige, vorerst blos ein Ruf, eine Einladung, welche durch eine hinzugefügte Bedingung selbst suspendirt, und daher vom Bedachten vor Eintritt der Bedingung nicht ergriffen, nicht durch Willensthätigkeit zu einem erworbenen Rechte vermittelt werden kann.[61a])

Diese Begründung hat auch offenbar Windscheid vorgeschwebt, wenn er sagt[62]), es frage sich, ob dieser Willensgebundenheit (des durch die Bedingung Verlierenden nämlich, auf welche Windscheid schon in seinem Programm, jedoch ohne in der folgenden Weise zu unterscheiden, Gewicht gelegt) immer auch ein Recht auf Seiten des durch die Bedingung eventuell Erwerbenden gegenüber stehe. Diese Frage sei von den Römern bezüglich Verfügungen unter den Lebenden bejaht, bezüglich Verfügungen auf den Todesfall verneint. „Der

61) Vgl. l. 26 de stip. serv. (45, 3): ex praesenti vires accipit stipulatio.

61a) Daß bei Legaten schon die Möglichkeit, sich den Willen des Testators durch eigne Willensthätigkeit zu einem erworbenen Rechte zu vermitteln, hinreicht zur Transmission, thut unsrer Deduction keinen Abbruch, da es nur darauf ankam, zu zeigen, warum eine solche nicht schon früher möglich ist. Der Grund jener Eigenthümlichkeit kann daher füglich unerörtert bleiben. Vgl. übrigens auch Fitting Bd. 42 dieser Zeitschrift S. 158.

62) A. a. O. (s. Anm. 60) S. 42 f.

Grund dieſer Verneinung liegt darin, daß die durch die bedingte letztwillige Verfügung dem Bedachten eröffnete Ausſicht, anders als die durch die bedingte Verfügung unter Lebenden eröffnete, als ſolche auf den Erben nicht übergeht." Allein was Windſcheid als Grund jener Verneinung anführt, iſt vielmehr die Folge derſelben, wie die obige Ausführung ergeben haben dürfte.

Beſtimmter ſpricht ſich dagegen für unſre Erklärung Leibnitz[63]) aus, ohne indeß eine nähere Begründung zu verſuchen. Er ſagt:

> Mero iure ius conditionale quaesitum transmittitur, non quaesitum non transmittitur. Ius autem quaesitum est, quod alterius voluntate aut facto auferri non potest. Idque, quia personae velut coaluit, merito transmittitur. Iure unde ius conditionale ex ultima voluntate non transmittitur, sed si pendente conditione moriatur conditionarius, (aliud est, si moriatur debiturus, qui heredem suum obligatum relinquit, l. 65 [de] C. [et] D.) deficit conditionatum.

Bei dieſer Erklärung[64]) macht es nun keine Schwierigkeit, daß Transmiſſion bei der Erbeinſetzung ſo wenig ſtatt findet, als beim Legat; ſowie daß bei Legaten, ſo gut wie bei Stipulationen, paſſiver Uebergang auf die Erben des Erben Platz greift.

Noch iſt einer Stelle zu erwähnen, welche gegen die obige Ausführung ein doppeltes Bedenken zu erregen ſcheint. Paulus ſagt nämlich in l. 8 pr. de peric. et comm. (18, 6)[65]):

---

63) In dem angeführten Tractat theor. 50 p. 138. Wie ſchon oben bemerkt, habe ich von dieſer Abhandlung erſt nach beendigtem Druck meiner Diſſertation, in welcher die oben verſuchte Erklärung ſchon aufgeſtellt iſt, Kenntniß nehmen können.

64) Ob Schirmer a. a. O. S. 123 in dem Satze: „Beim Vindikations-Legat erſcheint das do lego ſelbſt als bedingt, während z. B. bei einer bedingten Stipulation das spondeo ſchon gegenwärtig geſchieht, und nur in dem Objekt die Bedingtheit liegt" ähnliches intendirt hat, muß ich dahin geſtellt ſein laſſen; jedenfalls iſt er im weitern Verlauf ſeiner Deduction von dieſer Spur wieder abgegangen.

65) Faſt überall wird dieſe Stelle als Beweis für die Rückwirkung allegirt; ſo von Puchta, Pand. (7. Aufl.) §. 61, Note t, Arndts Pand. S. 70, Note 3 unt. b, und neuerdings von Römer bedingte Novation

Quod si pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum.

Erſtens nämlich könnte man ſagen, Paulus ſtatuire eine Transmiſſion der bedingten Obligation nur für den Fall, daß nachher die Bedingung eintrete (si extiterit conditio), und zweitens, er führe ſie mit den Worten quasi iam u. ſ. w. ausdrücklich auf die rückwirkende Kraft der Bedingung zurück. Allein es iſt in unſerem Fragment nicht die Rede von der Transmiſſion der pendirenden Obligatio; das obligatos esse bezeichnet vielmehr, wie auch das contracta emtione [66]), die volle Wirkſamkeit der obligatio, und dieſe tritt allerdings nur ein, wenn die Bedingung erfüllt wird. Die Worte quasi iam u. ſ. w. beſagen aber doch wohl das: die emtio iſt zwar in der That und Wahrheit nicht in praeteritum contracta, ſie iſt nicht auch für die vergangene Zeit eine vollwirkſame; die Erben ſind aber nach Eintritt der Bedingung ſo vollſtändig obligirt, wie wenn die obligatio als eine pura vom Erblaſſer auf ſie übergegangen wäre [67]). Welche Veranlaſſung Paulus hatte, dies auszuſprechen, iſt mir unbekannt; wenn uns aber Gaius [68]) andeutet, daß früher über die Zuläſſigkeit von Bedingungen beim Kauf Controverſen beſtanden, ſo läßt ſich wenigſtens denken, daß noch ſpäter, wenn auch vor Paulus (der ja ſagt: constat), Controverſe darüber war, ob die Erben an einen bedingten Kauf gebunden ſeien; eine Spur findet ſich davon in der vielbeſprochenen l. 9 §. 1 de I. D. (23, 3).

Eine andere Regel, für welche die l. 42 pr. de O. et A. den allgemeinen Ausdruck gibt, iſt

S. 77. Letzterer Schriftſteller ſchränkt übrigens in anerkennenswerther Weiſe die Quellencitate für die Rückwirkung der Bedingung bei Obligationen auf 3 ein, während Frühere, beſonders Sell, alles Mögliche heranziehen.

66) Sollte nämlich nur der Abſchluß des Rechtsgeſchäfts gemeint ſein, ſo hätte das quasi keinen Sinn.

67) Wie in der l. 8 pr. cit. das quasi unwiderleglich (nämlich für die Rückziehung) ſein ſoll (ſo ſagt Römer, bed. Nov. S. 76, N. 2), vermag ich nicht einzuſehen. Was das quasi ausdrückt, glaube ich oben im Text richtig umſchrieben zu haben.

68) Comm. III., 145: iam enim non dubitatur, quin sub conditione res venire aut locari possint.

2) in der l. 78 de V. O. (45, 1) von Paulus enthalten. Dort heißt es:

Si filius familias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit; quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

Dieſe Stelle wird nicht nur von Sell (a. a. O. S. 106) ſondern auch von Fitting[69]), Vangerow[70]) und Jhering[71]) als Beweisſtelle für die rückwirkende Kraft angeführt, während der neueſte Vertheidiger der Rückwirkung, Römer, ihr ebenſo, wie der l. 42 pr. de O. et A., und den noch anzuführenden l. 27 qui et a quib. manum. (40, 9) und l. 27 pro soc. (17, 2) Beweiskraft abſpricht[72]).

Ich kann nun nicht abſehen, wie der in der l. 78 cit. behandelte Fall anders entſchieden werden könnte, auch wenn man die rückwirkende Kraft der Bedingung vollſtändig läugnet. Ein Hausſohn hat unter einer Bedingung ſtipulirt. Das iſt factiſch geſprochen. Rechtlich hat der pater familias ſtipulirt; ihn repräſentirt der Hausſohn, der in dieſer Beziehung gar keine eigene Perſönlichkeit hat[73]). Wenn er nun pendente conditione durch Emancipation eine ſolche Perſönlichkeit allererſt erhält, wie ſoll eine ſolche Perſon, die als ſolche gar nicht ſtipulirt, weil zur Zeit der Stipulation noch gar nicht

69) Rückziehung S. 54.

70) Pand. I. S. 142, unter denjenigen Stellen, welche ohne Annahme der rückwirkenden Kraft gar nicht oder doch nur ſchwer zu erklären ſeien.

71) Geiſt des r. R. Bd. III. Abth. 1, S. 161, Note 216, nebſt l. 18 de R. I. (50, 17) u. l. 27 pro soc. (17, 2) als Belege dafür, daß die Theorie der rückwirkenden Kraft auch aus praktiſchen Gründen nicht entbehrt werden könne.

72) A. a. O. S. 74 f. und S. 76 Note 2 im Anf. Nachträglich ſehe ich zu meiner Freude, daß ſchon Donellus zu l. 78 cit. Opp. Lucae 1768. tom. XI. p. 1291 sqq. aufs Bündigſte nachgewieſen hat, daß dieſe Stelle für die Rückziehung nicht beweiſen kann; beſ. Ziff. 6, S. 1296 ff. und Ziff. 8. S. 1300 ff.

73) Zum Ueberfluß noch einige Stellen: l. 45 de V. O. (45, 1) Quodcunque stipulatur is qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse (sc. in cuius potestate est) esset stipulatus, und noch nachdrücklicher §. 4 in f. Inst. de inutil. stip. (III, 20): filii vox tanquam tua intelligitur cet.

existirt hat, auf einmal in die obligatio als creditor hineinkommen? Wenn man also zur Erklärung der l. 78 cit. die rückwirkende Kraft der Bedingung nicht gebraucht, so wird wohl auch jene für diese nichts beweisen.

Nun findet aber bei bedingten Legaten das Umgekehrte Statt: wenn einem Haussohn ein Legat unter einer Bedingung zugewendet worden, und derselbe zur Zeit der erfüllten Bedingung sui iuris ist, so erwirbt er das Legat sich, und nicht dem Vater [74]). Da nun gewöhnlich allgemein angenommen ist, daß die Bedingung bei Legaten keine rückwirkende Kraft hat, so mag eben dieser Gegensatz, ähnlich wie bei der Transmission, dazu verleitet haben, den Grund der bei Stipulationen geltenden Regel in der rückwirkenden Kraft der Bedingung zu suchen. Der Grund des Unterschieds liegt aber, wie bei der Transmission, in der verschiedenen Natur der Stipulation und des Legats. Wenn der Haussohn unter einer Bedingung stipulirt, so hat in Wahrheit, um mit der eben angeführten Institutionenstelle zu reden, der Vater durch die Stimme des Sohnes sich den Willen des Promittenten unterworfen; er hat somit ein erworbenes Recht, das mit der Erfüllung der Bedingung nur zu seiner vollen Wirksamkeit gelangt. Wird dagegen dem Haussohn unter einer Bedingung legirt, so kann er, und durch ihn der Vater, den Willen des Testators noch nicht ergreifen und so denselben zu einem erworbenen Recht vermitteln, weil derselbe pendente conditione noch gar nicht an ihn herangetreten ist. Das findet erst mit Erfüllung der Bedingung statt; ist der Haussohn alsdann sui iuris, nun, dann ruft ihn der Wille des testator als solchen, wie er ist, und es ist kein Grund erfindlich, aus welchem der Vater das Legat erhalten sollte.

Daß übrigens der hier besprochene Unterschied mit dem bei der Transmission genau zusammenhängt, und daher für beide derselbe Grund gelten muß, ergibt sich deutlich aus l. 18 de R. I. (50, 17) von Pomponius:

---

74) L. 14. §. 18 quando dies leg. (36, 2).

Quae legata mortuis nobis ad heredem transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu adquirimus; aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub conditione stipulantes omnimodo eis adquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat [75]).

Weiterhin mag Ulpian bei der l. 42 cit. im Auge gehabt haben

3) die Regel, daß ein Gläubiger aus einer bedingten Stipulation auch ſchon während ſchwebender Bedingung Handlungen ſeines Schuldners, z. B. Freilaſſungen von Sclaven, anfechten kann, während der bedingte Legatar dies nicht kann. Die l. 27 qui et a quib. manum. (40, 9), welche dieſen Satz folgendermaßen ausſpricht:

In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit, sive in diem vel sub conditione sit debitum. Diversa est causa legati sub conditione relicti: nam antequam conditio exstiterit, inter creditores legatarius iste non habetur,

wird von Vangerow a. a. O. gleichfalls als Beweis für die Rückziehung angeführt. Es weiſen indeß ſchon die Schlußworte unſrer Stelle auf die an die Spitze dieſes Abſchnitts geſtellte l. 42 de O. et A., und es trifft zur Erklärung derſelben der nämliche Grund, wie bei der Transmiſſion und bei dem Erwerb für den Gewalthaber, zu.

Was endlich

4) die l. 27 pro soc. (27, 2) betrifft, ſo läuft die darin ausgeſprochene Regel auf daſſelbe Princip hinaus, nur daß diesmal die Sache vom Standpunkt des debitor aus angeſehen wird. Die Stelle lautet:

Igitur et si sub conditione promiserat et distracta societate conditio extiterit, ex communi solvendum est, ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt.

---

75) Sell bemerkt zu dieſer Stelle in ſeinen „Verſuchen" II. S. 48 ff. (auf welche er dieſerhalb in ſeinem Buche über bedingte Traditionen S. 105, Anm. 2 verweiſt): „Der Grund für dieſe Verſchiedenheit zwiſchen negotia mortis causa und negotia inter vivos kann nur darin gefunden werden, daß bei jenen der Zeitpunkt der Abſchließung des Rechtsgeſchäfts nicht ſo bedeutend iſt, wie bei dieſen." Daß hierdurch die Sache nicht im geringſten aufgeklärt wird, braucht wohl kaum bemerkt zu werden.

Wie der Gläubiger mit dem Abschluß der bedingten Stipulation ein ius quaesitum hat, so ist der Wille des Schuldners von demselben Augenblick an gebunden. Vermöge des erworbenen Rechts des Gläubigers kann ihm dieser Schuldner (hier die societas) durch spätere Ereignisse nicht mehr entzogen werden.

Mit dem Vorstehenden glauben wir nun auch der Eingangs allegirten l. 42 pr. de O. et A. die richtigen Grenzen[76]) angewiesen, und zugleich eine Erklärung gegeben zu haben, welche ihr jede Beweiskraft für die Rückwirkung der erfüllten Bedingung nimmt.

Noch ist folgende Stelle zu betrachten, welche nicht in das Gebiet der l. 42 pr. cit. gehört, und auf den ersten Anblick geeignet scheint, die Theorie der Rückwirkung auf das stärkste zu stützen, obgleich sie von den Vertheidigern derselben selten benutzt wird[77]): l. 7 de manum. test. (40, 4) von Ulpian:

> Neratius scribit, eius cui libertas sic data est: „si mihi filius nullus erit quum moriar, Stichus liber esto", impediri libertatem postumo nato. Sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex postfacto respondemus retro liberum fuisse, nullo filio nato? Quod magis arbitror probandum.

Man könnte versucht sein, zur Beseitigung der Beweiskraft dieser Stelle auf den favor libertatis zu recurriren; allein wir brauchen diesen Nothbedarf nicht. Da der Wille des Testators die Bedingung ausdrücklich auf die Zeit des Todes abstellt, und andrerseits derselbe Wille als im Moment des Todes erklärt gilt (Sav. Syst. VIII. S. 447 ff.): so haben wir hier keine eigentliche Bedingung, sondern eine conditio in praesens (nur de facto in futurum) collata; und streng genommen ist zwar die Geburt des Sohnes in Beziehung auf den Tod des Testators ein postfactum, nicht aber sein

---

76) Zu enge scheint mir Römer die Grenzen der l. 42 cit. zu stecken, wenn er sie (bedingte Novation S. 74 f.) blos auf die Transmission bezieht.

77) Meines Wissens nur von Fitting, Rückziehung S. 7.

Vorhandensein überhaupt (si mihi nullus filius erit): dieses ist vielmehr nur ein post compertum.

Bevor wir nunmehr zu dem zweiten Abschnitt, den conditiones iuris, übergehen, erfordert es die Gerechtigkeit, daß wir einige Beweisstellen ablehnen, die Windscheid in seinem mehrerwähnten Programm (S. 5 ff.) gegen die rückwirkende Kraft der Bedingung angeführt hat. Wenn es z. B. in l. 2 de mort. causa don. (39, 6) heißt, es gebe eine Art von Schenkung „si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta," oder in l. 7 §. 3 de iure dot. (23, 3): „si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur; enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit: sine dubio dicemus, tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae: so ist wohl ohne weitern Beweis klar, daß hier nicht von der Wirkung der Bedingung, die sie ihrer Natur nach hat, die Rede ist, sondern von ausdrücklichen Verabredungen der Parteien. Namentlich in der zweiten Stelle hat conditio, wie öfter [78]), die Bedeutung von pactio. Darum beweisen diese Stellen nicht gegen die Rückwirkung; denn meines Wissens hat kein Vertheidiger derselben in Abrede gestellt [78a]), daß sie durch ausdrückliche Verabredung ausgeschlossen werden könne. Dasselbe ist über die, gleichfalls von Windscheid zu diesem Zweck benutzten l. 11 de donat. int. vir. et ux. (24, 1) und l. 9 pr. §. 1 de iur. dot. (23, 3) zu sagen.

78) Z. B. bei Cicero Verr. III. 28, 69: ad eius conditiones pactionesque accedere; vgl. ebendas. 29, 70; 50, 118; 62. 146; 87, 201; IV. 7. 16 in f.

29a) Ausgenommen Unger a. a O. S. 57 f. und Note 71.

(Schluß im nächsten Hefte.)